



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

**EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES,
ART. 18.3 CE**

Autor/es

MIGUEL JIMÉNEZ HERRERA

Director/es

MARÍA AMELIA PASCUAL MEDRANO y RICARDO LUIS CHUECA RODRÍGUEZ
,

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2016-17



EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES, ART. 18.3 CE, de
MIGUEL JIMÉNEZ HERRERA

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.

© El autor, 2017

© Universidad de La Rioja, 2017

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

GRADO EN DERECHO

EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES, ART. 18.3 CE

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Curso académico 2016-17

Alumno

Miguel Jiménez Herrera.

Directores

Amelia Pascual Medrano

Ricardo Luís Chueca Rodríguez

RESUMEN

La Constitución española de 1978 reconoce en su art. 18.3 el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, “en especial” las postales, telegráficas y telefónicas. El derecho configurado establece supuestos excepcionales en que aquélla garantía no opera, supuestos que dependen de una resolución judicial habilitadora de la intervención. El trabajo estudia la configuración constitucional del derecho, su titularidad y los problemas que esta plantea, así como la regulación de la intervención judicial habilitante. El trabajo detecta los problemas de encaje entre una legislación, Ley de Enjuiciamiento Criminal cuya planta básica es de finales del siglo XIX y su convivencia con una constitución garantista de fines del siglo XX. Los esfuerzos del legislador y, sobre todo, del Tribunal Constitucional apenas han servido para afrontar la explosión tecnológica de las comunicaciones que, desde finales del siglo XX pone en evidencia la actual configuración del derecho.

ABSTRACT

The Spanish Constitution of 1978 guaranteed the fundamental right of Secrecy of communications, in particular, of post, telegraph and telephone communications. The right is configured to establish exceptional circumstances in which the guarantee mentioned above does not hold, and these circumstances depend on a decision by the courts enforcing an intervention. This work focuses on the constitutional configuration of this right, who is entitled to it, the issues arising from entitlement to the right, and the regulation of intervention by the courts. This work also shows the issues arising from the conflict between the Ley de Enjuiciamiento Criminal which dates back to the XIXth century, and the present Constitution, which was adopted in 1978. The legislative body's efforts and those of the Constitutional Court have hardly coped with the recent progress in communications technology, and the current definition of this right is not adapted to present day communications.

TABLA DE ABREVIATURAS:

CE	Constitución Española de 1978.
DDFF	Derechos fundamentales.
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española.
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
LECRIM	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOPG	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TII	Tratados Internacionales.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPITULO I.....	9
1 Objeto del derecho.....	9
2 Contenido del derecho fundamental del art. 18.3 CE.....	12
CAPITULO II.....	13
2.1 Privados de libertad.....	13
2.2 Trabajadores.....	17
2.3 Personas jurídicas.....	23
CAPITULO III. La intervención judicial.....	25
3.1 Introducción.....	25
3.2 Procedimiento de intervención.....	26
3.2.1 La ley.....	26
3.2.2 El juez.....	27
3.2.3 Principios de la autorización de intervención.....	28
3.2.4 Forma y duración de la medida y sus prorrogas.....	30
3.2.5 Control del juez.....	31
3.2.6 Motivación.....	32
3.3 Supuestos habilitantes de la intervención tras la última reforma de la LECRIM.....	33
CONCLUSIONES.....	35
BIBLIOGRAFÍA.....	38
JURISPRUDENCIA CITADA.....	39

INTRODUCCIÓN

La relevancia jurídica de las comunicaciones mediante cualquier soporte ha ido adquiriendo importancia creciente al hilo de su diferenciación y sofisticación.

Con el final del siglo XX y principios del siglo XXI, la técnica hace posible un sistema de comunicación extenso, complejo, variado y sobre todo globalizado, atendida la universalización del acceso (no solo no hay fronteras, sino que sofisticados mecanismos de comunicación de base electrónica son accesibles para la población en general), la sociedad está experimentando un conjunto de transformaciones que apuntan a un cambio de época. Pero la universalización de las comunicaciones conlleva un incremento del riesgo de intervención, injerencias y manipulaciones por terceros. Ello está repercutiendo sobre el incremento de la complejidad de los mecanismos de protección de aquéllas, dirigidos a impedir posibles injerencias de terceros.

Como ha recordado nuestro Tribunal Constitucional, la comunicación es un instrumento de desarrollo y de libertad: *“En una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo”*¹.

A partir de la Revolución francesa los estados plantean mecanismos de protección para los sistemas de correspondencia postal escrita.

Pero las nuevas formas de comunicación, telefonía inteligente (*smartphone*), correo electrónico, redes sociales, etc., ha supuesto la aparición de nuevos modos de atentar contra los DDFF.

A tenor de la literalidad del art. 18.3 CE, producto de una parte, de la época en que fue redactada (aún sin el impacto pleno de las nuevas formas de comunicación), y de otra parte de la escasa definición que aporta la CE, se hace indispensable revisar los componentes del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Al laconismo del precepto ha sido preciso un importante esfuerzo por parte del TC. Ello sugiere que quizá el legislador orgánico podría quizá colaborar en el desarrollo de un derecho que, como vemos, comenzó como mero protector “en especial” de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas.

Cabe preguntarse si estamos ante un derecho ilimitado, limitado o que pueda suspenderse. A este respecto el propio art. 18.3 CE, reconoce el derecho con una delimitación: *“salvo resolución judicial”*. Además, y con carácter general, el TC² ha recordado que no existen

¹ STC: 123/2002/5, 20 de mayo y 56/2003/3, 24 de marzo de 2003.

² STC 2/1982/5, 29 de enero.

derechos ilimitados. Por otro lado, la propia constitución reconoce la posible suspensión del art. 18.3 CE en estados de sitio o excepción, así como también pueden ser suspendidos, con reserva de LO y la supervisión judicial, para la realización de investigaciones relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes.

En cuanto a la limitación en su ejercicio, tampoco está exenta de problemática. Cabe para personas privadas de libertad o en el ámbito laboral (trabajadores por cuenta ajena). La problemática gira en torno a quien y en qué forma se limita este derecho. Pero se trata de supuestos que plantean una importante problemática, según veremos.

Problemas en relación con él, o mejor, los diferentes status del privado de libertad. Y problemas también sobre el alcance de las facultades de dirección empresarial en relación con el acceso a comunicaciones del trabajador. O problemas relacionados con la singularidad de determinadas formas de prestación de servicios en régimen de dependencia (call-center, televenta etc.), quizá insuficientemente regulados en estos aspectos.

Problemas no menores se plantean también en relación con el uso de las comunicaciones para el desenvolvimiento de la actividad sindical en el seno de la empresa.

Y seguramente hay un problema mayor en relación con la singularidad de la titularidad y ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones por parte de las personas jurídicas. Un reconocimiento, ya antiguo, de la titularidad del derecho por parte de las personas jurídicas no parece haber despejado las dudas. Especialmente porque el TC ha iniciado una tendencia restrictiva en la última década en materia de titularidad y ejercicio de este derecho para el supuesto que indico.

Como hemos dicho, cabe la intervención judicial de las comunicaciones. Pero ello sólo es posible con la correspondiente autorización judicial. La ley, la jurisprudencia e incluso la doctrina han reconocido la legalidad de estas en determinadas situaciones de limitación del DDF y así también han reconocido que la intervención (lícita), debe orientarse a la investigación y obtención de pruebas orientadas a identificar los autores de hechos delictivos³. Pero la regulación legal presenta problemas. La ley determina que el juez podrá, para unos tipos de delitos, acordar la detención y también podrá, motivadamente, la observación de las comunicaciones cuando el investigado presuntamente delinca.

³ La sentencia STS 2093/1994/7, 28 de noviembre, hace referencia a las escuchas telefónicas pero bien puede hacerse una interpretación extensiva y predicarse de cualquier comunicación.

Pero la modificación de la LCRim en 2015, acoge una excepción en su art. 579.3 que faculta al Ministro del Interior o Secretario de Estado de Seguridad, en supuestos de “urgencia”, para expedir la autorización. Lo cual arroja dudas de constitucionalidad que no termina de despejar la convalidación posterior de la medida por el órgano judicial.

La autorización se da sobre una persona concreta, que no tiene por qué estar involucrada en la comisión de un delito pero sufrirá en todo caso una injerencia, legítima, en sus comunicaciones privadas.

Nuestro ordenamiento exige motivación en la decisión judicial, como consecuencia de la motivación del órgano solicitante. Respecto a la motivación por parte del solicitante (Ministerio Fiscal, diversas policías judiciales), ¿qué tipo de motivación es válida para conseguir la autorización? ¿Quién la hace? ¿Quién, cómo, materializa la intervención? ¿Qué ocurre con la fijación de la duración?

La LECrim ha quedado obsoleta a pesar de las múltiples reformas realizadas. Los esfuerzos del legislador y del Tribunal Constitucional, aunque valiosos y útiles, no pueden suplir a la necesidad de una nueva Ley procesal penal general moderna y acorde con nuestro modelo de Constitución.

CAPITULO I. Configuración constitucional del derecho del art. 18.3 CE

1 Objeto del derecho.

“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”

Se entiende por objeto de derecho, aquello en que el derecho consiste. Es decir, lo que garantiza en los términos en que la acción queda descrita en el propio precepto: el secreto de las comunicaciones. Dicho objeto está disponible para su titular y puede hacerla valer frente a injerencias de terceros a través del contenido recogido en el precepto constitucional.

a) Concepto de comunicación

Pasemos a analizar pues dicho objeto. Determinemos y definamos, ¿qué es una comunicación?, Examinada la Constitución española de 1978, su artículo 18.3 no precisa qué sea una comunicación. El DRAE en su última edición, contiene tres acepciones:

- 1. f. Acción y efecto de comunicar o comunicarse.*
- 2. f. Trato, correspondencia entre dos o más personas.*
- 3. f. Transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor.*

Martín Morales nos dice que esta falta de definición no es reprochable a una defectuosa regulación, pues no es menester de constituciones dar definiciones⁴. El citado artículo consagra “en especial” el derecho al secreto “*de las postales, telegráficas y telefónicas*”. Luego, de su lectura, podemos también concluir que tampoco es un número cerrado y hay que entender que podría extender su protección a los actuales nuevos sistemas de comunicación, y sin excluir los que aparezcan en el futuro. Como lo que protege es la comunicación en sentido amplio, además de las citadas en el precepto, también lo son y por tanto quedan al amparo de dicho precepto: la telefonía móvil, el correo electrónico, así como las comunicaciones punto a punto soportadas por los actuales canales en Internet (*Whatsapp, etc.*) o los sistemas de redes sociales. Luego el panorama queda abierto a nuevas comunicaciones, dado que la Constitución del 78 aludió a lo que en la época era conocido, esto es, las postales, telegráficas y telefónicas. Y así lo ha recogido

⁴ MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid 1995, pp. 44 y ss.

el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia cuando dice que no hay que obviar que los avances en la informática precisan la redefinición extensiva del art. 18.3⁵.

Torres del Moral nos dice que el sentido que dio la Constitución ha sido ampliamente superado y la protección se extiende en la misma línea descrita, a cualquier tipo de comunicación⁶Y en el mismo sentido argumenta López Fragoso cuando dice que no es una enumeración cerrada y por tanto hay que extenderla a otros tipos de comunicación⁷. Igualmente Balaguer Callejón: no es un número cerrado e incluye cualquier otro medio empleado⁸.

La Constitución garantiza al secreto de las comunicaciones con independencia de su contenido. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en sendas sentencias cuando ha declarado que este precepto consagra la libertad de las comunicaciones y de forma tajante su secreto, incluida las electrónicas. El TC reitera que el derecho consagra la prohibición, tanto de la interceptación como del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. Es decir, que la vulneración se produce por la interceptación del mensaje (aprehensión física del soporte del mensaje), independientemente de que conozcamos el contenido o no de forma antijurídica (apertura del correo, electrónico o tradicional, carta de un tercero...).

Entenderemos pues por comunicación, en el sentido del art. 18.3 CE, la transmisión de mensajes, opiniones o ideas, en definitiva cualquier mensaje enviado entre emisor y receptor a través de un soporte -de forma pues indirecta-, con uso de medios técnicos de cualquier tipo. La comunicación es un intercambio de mensajes, opiniones o ideas entre emisor-receptor, o bien en el que intervienen al menos dos personas, que usan un soporte técnico de complejidad técnica variable.

El TC ha reiterado que la protección del secreto de la comunicación consiste en la imposibilidad de acceso a la comunicación misma, independientemente de la forma de intromisión. Alcanza también al conocimiento de su duración temporal, a la identidad de los sujetos participantes,

⁵ SSTC 1235/2002/2, de 27 junio y 70/2002/9, de 3 abril.

⁶ TORRES DEL MORAL, A. *Principios del derecho constitucional español*, T.I, Universidad Complutense, Madrid, 2010, p. 421.

⁷ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 50.

⁸ BALAGUER CALLEJON, F. *Manual de derecho constitucional*, Vol. II, 11ªed., Madrid 2016, pp. 186 ss.

emisor y receptor, e igualmente al conocimiento de los listados de llamadas o conexiones, tanto en telefonía fija como móvil⁹.

El artículo 18.3 CE posee una naturaleza formal y protege de cualquier intromisión, pública o privada independientemente del contenido de lo comunicado. Incluso si la comunicación no hubiere consistido en la transmisión de contenido alguno, pues lo protegido es la comunicación misma, no su contenido (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7).

b) Concepto de secreto

Debemos ahora analizar el secreto, ¿qué debemos entender por secreto? La R.A.E nos aproxima diciendo que secreto es: “Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta.” Pero podemos entender y definir con lo visto hasta ahora, que secreto, entendido como derecho al secreto de las comunicaciones, es un objeto de derecho fundamental en virtud del cual las personas pueden comunicarse de modo libre y sin injerencias, ya sean por parte del estado o particulares, siempre y cuando empleemos la comunicación indirecta, esto es, algún medio o soporte de comunicación y en forma privada.

c) Conclusión.

Conviene ahora recapitular y precisar que, de una parte, la comunicación que queda protegida por el artículo 18.3 es la comunicación indirecta, en la que encontramos una infraestructura por medio, es decir A, emisor, se comunica con B receptor, mediante cualquier modo, ya sea escrito, sonoro, mediante imagen o cualquier otro medio imaginable. Por tanto, que la comunicación directa intersubjetiva, sin mediación instrumental, no está incluida en el objeto del derecho fundamental del art. 18.3 CE¹⁰. Así, queda fuera del objeto de este derecho las conversaciones físicas entre personas o, por ejemplo, una tarjeta postal sin protección de sobre remitida por correo. Ni tampoco una conversación en un chat general, aunque sí un chat individual.

Dado su carácter formal, el objeto del derecho consiste en la comunicación misma y no en el contenido de ella, pues el derecho consiste en la inviolabilidad de la comunicación misma. El objeto es el soporte o continente; no el contenido. Por ello, como ya hemos dicho, quedan

⁹ SSTC 142/2012/3, 2 de julio; 230/2007/2, 5 de noviembre; 114/1984/7, 29 de noviembre; 34/1996/4, 11 de marzo; 70/2002/9, 3 de abril; 15/2011/5, 28 de febrero.

¹⁰ Que no esté protegida por el art. 18.3 no quiere decir que esté ni mucho menos desprotegida, puesto que entrarían otros mecanismos de protección como por ejemplo la intimidad del art. 18.1 CE.

igualmente incluidos en el objeto del derecho, los mensajes carentes de contenido, según reiterada doctrina del TC¹¹.

2. Contenido del derecho fundamental del art. 18.3 CE.

El contenido de un derecho fundamental lo conforma el poder o conjunto de poderes jurídicos, las facultades mediante las que los hacemos valer *erga omnes*¹². Bien entendido que la activación de dichas facultades dependen del titular del derecho, que las puede hacer valer o no frente a terceros: son de uso discrecional.

El TC¹³ ha identificado, desde un temprano inicio, que todo derecho fundamental posee una doble vertiente, esto es, un contenido objetivo y un contenido subjetivo. Y ello también ocurre en el derecho que estudiamos, al tratarse de una característica esencial de todo derecho fundamental.

A) Objetivo

Por contenido objetivo aludimos a su función de operar como valores objetivos constitucionales que se imponen a todo poder público. Todo derecho fundamental se impone al legislador y al resto de los poderes públicos. Obliga al Estado a proteger y posibilitar el disfrute de los DDFF.

Descendiendo al caso que nos ocupa, 18.3 de la CE, la garantía se concreta mediante permisos o prohibiciones.

B) Subjetivo

En cuanto al contenido subjetivo, son poderes que las personas pueden hacer valer, esto es, la facultad de poder defenderse, el titular del derecho, con respecto de la agresión de un tercero, ya sea el Estado o un particular.

¹¹ SSTC 175/2000/5 26 de junio; 170/2013/4, 7 de octubre.

¹² BASTIDA FREIJEDO, F.J. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid 2004, pp.108 ss.

¹³ SSTC 25/1981, 14 de julio; 53/1985/4.

CAPITULO II

La doctrina jurisprudencial es unánime: “*son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad*”¹⁴. Luego la titularidad del derecho a las comunicaciones la tienen atribuidas todas las personas tanto nacionales como extranjeras¹⁵. Hay situaciones en que este derecho puede verse limitado, como por ejemplo en situaciones laborales o personas que estén en un régimen de cumplimiento de condena en establecimiento penitenciario. Este es un límite que no una supresión del derecho al secreto a las comunicaciones.

2.1 Privados de libertad.

Es conveniente hacer una distinción cuando hablamos de privados de libertad. De una parte aquél que por sentencia firme está en un establecimiento penitenciario cumpliendo la condena fijada por la autoridad competente, esto es el juez y, de otra parte, aquél que es privado de libertad sin sentencia firme (pendiente de recurso, detención policial...). En el primer caso (sentencia firme) no plantea en principio dudas, el segundo supuesto (no hay firmeza de sentencia) planea sobre el interno la posibilidad de revocación de sentencia o, en el caso de detención policial, la presunción de inocencia.

Vamos a centrarnos en el primer supuesto donde hay sentencia condenatoria y el privado de libertad se encuentra en establecimiento penitenciario cumpliendo ya su condena. Dicho esto, cabe preguntarse si un interno tiene o no tiene derecho a las comunicaciones; y si las tiene, ¿son plenas o limitadas? El art. 25.2 de la CE zanja con claridad este extremo cuando dice: “*El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.*” Luego el preso goza del derecho del artículo 18.3 CE, aunque con la excepción de que podrá ser limitado por el juez en su sentencia, por el sentido de la pena y por la ley penitenciaria.

En los dos primeros supuestos habrá que estar a la sentencia del juez. En el caso de la ley penitenciaria, el artículo 51 LOPJ¹⁶ establece que el interno puede comunicarse periódicamente tanto escrita como oralmente (pueden materializarse por medio telefónico cuando así se prevea

¹⁴ SSTs 246/1995/8, 20 de febrero; 711/1996/1, 19 de octubre; y 160/1997/2, 4 de febrero.

¹⁵ STC 107/1984/3, 23 de noviembre.

¹⁶ LO 1/1979, 26 de septiembre.

reglamentariamente), en la lengua que escoja, con sus familiares, amigos, representantes legales, sacerdotes, asistentes sociales...¹⁷ La única excepción al régimen de comunicaciones es aquél en que el interno se encuentra en estado de incomunicación. Además prescribe la normativa penitenciaria que ha de respetarse la intimidad, sin restricción, salvo que se vean comprometidas la seguridad y el orden del centro penitenciario. Todo ello tiene un límite que el mismo artículo, en su apartado cinco, delimita. Así, el Director del establecimiento tiene la facultad de intervenir o suspender las comunicaciones. Ahora bien, debe motivar e inmediatamente comunicar dicha medida, de una parte al juez y de otra al interno¹⁸. Esta comunicación inmediata tiene por objeto asegurar el control judicial de la medida como garantía de legalidad y constitucionalidad de la restricción tomada, que supone una limitación del derecho del 18.3 CE del que el interno es titular. Por otra parte el conocimiento inmediato del juez, faculta a éste, no solo tomar nota de la limitación del ejercicio del derecho acordada, sino a realizar un escrutinio de dicha medida y, en su caso, rectificarla, anularla o ratificarla. Ello es en definitiva una garantía esencial para la protección de los derechos de los reclusos. Así lo ha manifestado el TC en tempranísima sentencia, STC 73/1983/6, 30 de julio, cuando dice que el Director del centro no está exento de control judicial y es el juez de vigilancia penitenciaria quien va a vigilarlo, pues este es el encargado de velar por los derechos de los internos. Además de notificar al interno y al juez, hay que notificar al juez de quien dependa el privado de libertad. En definitiva, a la vista de la jurisprudencia constitucional, el interno, en “principio”, disfruta del derecho a las comunicaciones. Su control viene determinado no sólo por el art. 18.3 CE, sino también por el art. 25.2, puesto que este es aplicable a los internos: “*sirve de norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos*”¹⁹. El límite del derecho viene determinado por la seguridad del establecimiento y el buen orden del centro. Y la medida debe deberá ser motivada por el propio Director, “*la intervención ha de ser ordenada*

¹⁷ Dado los tiempos que corren, conviene precisar que la comunicación telefónica es el medio por excelencia de comunicación, precisión que hago puesto que puede llegarse a la conclusión que es un medio excepcional en el ámbito penitenciario, dada la redacción de materiales analizados, pero lo cierto que nada más lejos de la realidad. La telefonía, reitero, es el medio por excelencia, usado por los presos, eso sí, hay regulación al respecto. Y en concreto el art. 47 del RD 190/1996 de 9 de febrero, determina que los presos pueden ser autorizados a usar la telefonía cuando los familiares no puedan desplazarse a visitarlo o vivan lejos del centro, tengan que comunicar urgencias a familiares, representantes legales u otras personas. En estos casos puede el preso solicitar al Director que señala la hora y la frecuencia (cinco máximo a la semana, delante del funcionario y cinco minutos).

¹⁸ STCC 183/1994/5, 20 de junio; 175/1997/4, 27 de octubre; 106/2001/6, 23 de abril.

¹⁹ STC 188/1.999/5, 25 de octubre.

motivadamente por la Junta de Régimen o por la Dirección, ha de notificarse al interno y comunicarse al Juez de Vigilancia Penitenciaria.”²⁰

Cabe preguntarse, si se tiene la obligación de comunicar al interno que se le va a intervenir sus comunicaciones, si esto afecta a la finalidad de la investigación perseguida con la intervención. La respuesta es negativa. El TC ha declarado que la intervención tiene únicamente fines preventivos y no de investigación de actos criminales (para los que es precisa una autorización judicial expresa), por lo tanto la notificación no frustra la finalidad que se persigue con la intervención de las comunicaciones²¹. Zoco Zabala, por su parte, sostiene que la posibilidad de intervenir las comunicaciones de los internos, tiene una finalidad preventiva aunque no descarta una ayuda para la investigación de delitos²².

En cuanto a las comunicaciones con los representantes legales del interno, en especial sus abogados, y distintas a las consideradas anteriormente (familiares, amigos, sacerdotes, asistentes sociales, etc.), que pueden ser intervenidas reglamentariamente -, estas se han de realizar en lugares apropiados y la injerencia hacerse por mandato judicial y exclusivamente en asuntos de terrorismo. En resumen pues, exclusivamente con mandato judicial y en supuestos de terrorismo. Conviene subrayar que corresponde solo al juez y no a la institución penitenciaria autorizar la intervención. Así de contundente se ha mostrado el TC en sentencia 183/1994/5 20 de junio cuando dice: *“autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones.”* Y esto es así puesto que el Director, la Administración carece de conocimientos adecuados a las investigaciones y no es imparcial para ponderar los intereses en juego afectados²³. En la misma línea tenemos la STC 183/1994, que mantiene la imposibilidad de que el Director o la Administración Penitenciaria puedan decidir autorizar una intervención de este tipo (abogado-interno) y ponderar los bienes en conflicto.

Debe además tenerse en cuenta que los requisitos deben satisfacerse ambos y simultáneamente (juez y supuesto terrorismo) y no alternativamente, y que cuando hablamos de comunicaciones no estamos refiriéndonos a la que tendría lugar en persona (abogado defensor e interno verbalmente), sino a cualquier tipo de comunicación, con especial atención a la mantenida

²⁰ STC 188/1.999/8, 25 de octubre.

²¹ STC 200/1997/4, 24 de noviembre.

²² ZOCO ZABALA C. *“La intervención judicial de las comunicaciones ¿Privadas?”* Pamplona, 2014, p. 173

²³ STC 58/1998/5, 16 de marzo.

mediante escritos. Así de contundente se ha mostrado el TC cuándo a dicho: *“el sistema de garantías reforzadas para la intervención del art. 51.2 LOGP comprende las comunicaciones escritas.”*²⁴

La LOPG en su art. 51.5 nos informa que el Director del centro puede suspender o limitar las comunicaciones motivadamente. Por su parte el Reglamento también prescribe que se dará cuenta al interno y al juez. Luego queda claro que la motivación es un asunto de capital transcendencia puesto que, de un lado, permite al Director acreditar las razones que justifican la medida, y de otro, permite verificar que no se está restringiendo el derecho del preso de forma inadecuada, innecesaria o que se ha excedido en la medida. Así una deficiente motivación o inexistente (que nunca debería producirse), estaría afectando a la medida impulsada por el Director y por tanto afectaría al artículo 18.3 de la CE. Se trataría en definitiva de una actuación administrativa por vía de hecho. No permitiría al interno conocer la razón de su privación o limitación del derecho a las comunicaciones, ni al juez ejercer el control garantista de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que innumerables veces invoca el TC²⁵.

La motivación debe identificar el contenido material y formal de la intervención de forma precisa y bien argumentada.

En cuanto a contenido material, debe determinar el supuesto habilitante de la medida adoptada (seguridad o el buen orden del centro) y también será necesario que especifique las circunstancias que promueven que esa injerencia (limitar, denegar la comunicación) va a conseguir la finalidad que se persiga. Se exige en definitiva un juicio de proporcionalidad.

El contenido formal exige que la motivación satisfaga el contenido necesario para que los sujetos (interno y juez) puedan construir el juicio de necesidad, proporcionalidad e idoneidad. No requiere que el Director lleve a cabo esos juicios sino tan sólo que debe aportar la información suficiente para que interno y juez puedan realizarlo. Así lo ha manifestado el TC: *“aunque no resulta exigible que en el mismo se explicita ese triple juicio por parte de la Administración”*²⁶.

Este decreto del Director acordando la intervención de la comunicación, además de la motivación que acabamos de precisar, debe establecer de forma inequívoca el plazo y duración

²⁴ STC 58/1998/7, 16 de marzo.

²⁵ SSTC 170/1996/4, 29 de octubre; 128/1997/7, 4 de julio; 175/1997/4, 27 de octubre y 200/1997/4, 24 de noviembre;

²⁶ STC 200/1997/4, 24 de noviembre.

de la intervención de nuevo en garantía de los derechos del art. 18.3 CE en favor del interno. Que haya un mandato hacia la acotación del tiempo que vaya a durar la injerencia en la habilitación del Director de la prisión no quiere decir que dicho plazo deba agotarse necesariamente. Si desapareciere la necesidad de la intervención, dicha limitación deberá cesar inmediatamente. . Así lo ha manifestado el TC de forma tajante e inequívoca: *“Por todo ello, el Tribunal ha venido exigiendo que al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones se determine el período temporal de su vigencia, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención. El acuerdo puede, pues, en determinadas circunstancias sustituir la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria.”*²⁷

2.2 Trabajadores

Los problemas de límites al ejercicio del derecho, que no de titularidad, se ciñen al supuesto de los trabajadores por cuenta ajena, que en el marco de su relación laboral ocupan una posición dentro de la actividad productiva. Se trata de una actividad organizada que puede incluir la existencia de un grado de control de la actividad del trabajador. El derecho de control, facultad legal que tiene el empresario, se asocia a la prestación propia de la relación laboral, e incluye el buen uso de los medios puestos a disposición del trabajador, sin que este los destine a otros fines. Ello no puede incluir la vulneración de la titularidad del derecho, pero plantea complejos problemas en cuanto al secreto de las comunicaciones propias de la actividad productiva puestas a disposición del trabajador por el empleador. Toda esta problemática, compleja de por sí, se ha visto agravada por la universalización de nuevos sistemas de comunicación, (móviles, correo electrónico,...), y muy especialmente cuando la actividad laboral se soporta de modo exclusivo en el propio sistema de comunicación (teletrabajo, televenta, *call-center*,...).

Conviene hacer una distinción. De un lado, aquellos trabajadores en cuyos puestos de trabajo existe la orden expresa e inequívoca de prohibición de uso de medios, materiales o tecnologías para fines distintos al desarrollo del trabajo establecido. Y de otro lado, aquellos trabajadores a los que no se les han dado instrucciones específicas sobre limitaciones de uso de las comunicaciones propias del centro de trabajo.

²⁷ STC 200/1997/4, 24 de noviembre.

El empresario -en defensa de la empresa, de su patrimonio, del buen funcionamiento, el buen orden, la producción, la paz de los trabajadores-, está habilitado para el control de su empresa y de sus comunicaciones; así como para velar por el desempeño de la prestación de modo correcto por parte del trabajador. Y a su vez, el trabajador debe ser fiel y colaborador dentro del marco legal, estas pautas deben encuadrarse dentro del ámbito de la buena fe²⁸. Es preciso compaginar dos mandatos constitucionales, o cuando menos, equilibrarlos, esto es, art. 38 CE, libertad de empresa, y el art. 18.3 CE, sobre el secreto de las comunicaciones del trabajador en el seno de la empresa²⁹.

Esta relación contractual, control y trabajo, viene asumida en el contrato de trabajo³⁰, y en su virtud, el trabajador debe diligencia y colaboración en su ámbito de trabajo y aceptará las órdenes de control que el empresario disponga para el desarrollo normal de la empresa. Ahora bien, el contrato de trabajo, no es el título que legitima al empresario para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales que tiene el trabajador como persona, pues ello no depende de la relación de sometimiento a las reglas de la actividad productiva.³¹ Esta atribución que tiene reconocida el empresario -la capacidad para adoptar las medidas y previsiones que tengan por objeto el control de sus empleados, esto es, la potestad de organización y control-, de los trabajadores que forman parte de la empresa, le habilita para modular el ejercicio de alguno de los DDFF. Ahora bien sólo en lo que resulte imprescindible para el correcto funcionamiento de la producción que son reflejos de los derechos constitucionales recogidos en el art. 38 y 33 de la CE³². Pero ello debe realizarse con el máximo respeto a la dignidad del trabajador³³.

La dificultad para plasmar ese equilibrio consiste en determinar las medidas en manos del empresario para llevar a cabo este control y de otra, en establecer el límite al uso privado de las herramientas comunicacionales que pone a disposición del trabajador. Cuál sea en definitiva el límite del control y vigilancia al que someterá al trabajador.

²⁸ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Art. 20

²⁹ En este trabajo que trata de las comunicaciones, precisamos que el equilibrio es con el 18.3 pero ello no quiere decir ni mucho menos que solo esté implicado este, pues debe equilibrarse también con otros derechos como por ejemplo la intimidad del 18.1 de la CE. Más de lo habitual caminan juntos y se deviene imposible una separación.

³⁰ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Art.20

³¹ STC 88/1985/2, 19 de julio.

³² STC 99/1994/4, 11 de abril y 170/2013/3, 7 de octubre.

³³ SSTC 231/1988/3, 1 de diciembre y 186/2000/5, 10 de julio.

En la intervención de las comunicaciones en el ámbito empresarial, como acabo de afirmar, el empresario está facultado para el control de sus empleados en los términos descritos, con el objeto que estos aprovechen y dediquen los recursos a los fines impuestos por el empresario. El TC así lo ha reconocido facultando al empresario - cuando los medios son de titularidad de la empresa-, a fijar las condiciones de uso de esos medios y a su control, siempre que este control se materialice con el máximo respeto a los DDFF. Este control no es ilimitado y cuando así lo haya dispuesto el empresario, es decir, si ha permitido un uso personal de esos medios³⁴, este control no debe extenderse, bajo ningún concepto, al uso personal que haya dado el trabajador de los medios puestos a su disposición (agendas personales, correos personales, llamadas telefónicas personales...)³⁵.

El art. 18 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), habilita al empresario a realizar registros al trabajador en dos ámbitos, la taquilla y los efectos personales de este cuándo el empresario tenga necesidad de proteger el patrimonio de la empresa³⁶. No cabe ninguna ampliación de las condiciones de control, ni la analogía, que estará categóricamente proscrita al tratarse de unas limitaciones al ejercicio del derecho fundamental por el trabajador. El titular del 18.3 CE, es, inequívocamente, el trabajador que efectúa la comunicación (ya sea escrita u oralmente), por tanto, no lo es el empresario propietario de los medios de comunicación (aparatos de telefonía, programas de comunicación informáticos, medios de escritura etc.)³⁷.

³⁴ A este respecto es conveniente que las empresas fijen los límites que van a tener los dispositivos puestos a disposición del trabajador (pc, portátiles, móviles, teléfonos, email etc.) para comunicarse. Así será preciso, o al menos recomendable, que den a conocer, e incluso se le dé por escrito al trabajador, los usos y costumbres de la empresa, junto con los permisos y prohibiciones a la hora de manejar los dispositivos de comunicación. Es una cuestión de seguridad jurídica tanto para la empresa como para el trabajador conocer de forma clara y precisa qué puede hacer y qué no, esto es, si es uso exclusivo de la empresa y por ello queda excluido todo uso ajeno o por el contrario se le permite al trabajador cierto uso privado (agendas, correo, llamadas etc.)

³⁵ STC 41/2012/5, de 17 diciembre.

³⁶ Deberá hacerlo dentro de la empresa y en horario de trabajo, respetando la dignidad e intimidad del trabajador en presencia de un representante legal de los trabajadores o en su defecto con la presencia de otro trabajador.

³⁷ A este respecto cabe citar la sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de julio de 2000, FJ 2, en la que se manifiesta que tal injerencia (empresario vulnera el derecho a un trabajador) no se ha producido puesto que la correspondencia que se ha mantenido es entre particulares, no es privada, ya que se ha mantenido con las herramientas de la empresa de modo ilegítimo, esto es, ha usado medios de la empresa para comunicarse cuándo los medios de la empresa son para el trabajo. Ya se sabe que los DDFF no son absolutos y por tanto el ejercicio puede ser limitado. Este límite viene dado por la colisión entre derechos, y la técnica a emplear es la ponderación (ni jerarquía ni prevalencia, ponderación). También es sabido que en el ámbito laboral hay colisión, pues los derechos de los trabajadores hay que compaginarlos con el derecho del empresario a controlar al trabajador (20.3 del ET). Pero lo cierto que, a mi juicio, esta sentencia es desproporcionada y no se ajusta a derecho. Esto es como si por ejemplo: A casado con B regala a este un móvil con el objeto de que lo use para llamar a aquel. A que ha comprado el móvil con su dinero, le introduce una app de seguimiento y grabación de las que hay por internet y se dedica interferir en sus comunicaciones, seguimientos etc. A alega que el móvil se lo compró a tu cónyuge con su dinero y el uso exclusivo para llamadas hacia él. Esta sentencia es desafortunada a mi juicio.

Este empresario, es un tercero que intercepta y comete la injerencia; no es emisor-receptor, no es parte de esa comunicación. Por otra parte, la comunicación bien puede ser recibida por el trabajador (recibe una llamada, un correo, una carta...) en su tiempo de descanso por ejemplo. Luego, habría que estar a cada caso para una ponderación. El legislador, quizá debiera haber incluido algunos criterios al respecto en el ET que sirvieran para aplicarlos a la variedad de casos y circunstancias que pueden darse.

Martínez Alarcón³⁸ nos informa que la jurisprudencia en España sobre las facultades de control del empresario (informática empresarial a disposición del trabajador), es reciente y procede de los juzgados de lo social y de los diversos TSJ. Y es, además, contradictoria. Es reseñable la sentencia del TS en recurso de casación para unificación de doctrina, STS de 26 de noviembre de 2007 (sobre intervención de técnico informático, está en presencia del empresario, que el trabajador había requerido por fallos en el ordenador. Se pudo constatar que este trabajador visitaba páginas pornográficas), que junto con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) es el referente del TC. Las dos últimas sentencias, SSTC 241/2012, 17 de diciembre y 170/2013, 7 de octubre, en opinión de la autora, son decepcionantes, siguen la jurisprudencia del TS y del TEDH y evita entrar a delimitar con claridad qué derechos están en juego cuando se trata del ejercicio de control empresarial de los dispositivos puestos a disposición de los trabajadores.

Se puede concluir que la injerencia de las comunicaciones es ilícita pues no puede el empresario intervenir las comunicaciones. Que para ello precisa la autorización judicial, así lo determina el art. 18.3 CE. Que en caso de que el empresario sospeche de actividades ilícitas por parte de los trabajadores, tampoco es título habilitante para intervenirlas. El único modo de licitud en la intervención es que medie consentimiento por parte del trabajador o trabajadores. Y por último reseñar que el TC, según alguna doctrina, no ha aclarado la delimitación de los bienes protegidos, puesto que ha hecho propia la sentencia antes reseñada del TS (unificación de doctrina) y las del TEDH.

³⁸ MARTÍNEZ ALARCÓN, ML, “El control de las comunicaciones electrónicas que los trabajadores realizan a través de las herramientas informáticas de la empresa” *“La constitución política de España, estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes”*, Madrid 2016 pp. 727 y ss.

Pero también podría pensarse que hay habilitación tácita para la injerencia, cuándo el empresario de forma clara, precisa y por escrito comunica previamente al trabajador las reglas, usos y costumbres de la empresa sobre el uso de los medios puestos a su disposición³⁹.

Ahora bien, que el TC no se haya pronunciado directamente abordando la intervención de comunicaciones con el rigor y claridad a que acostumbra en el ámbito laboral no quiere decir que no haya abordado otros aspectos del control empresarial de los trabajadores. Así el empresario puede recurrir a otras técnicas, las cámaras (grabación y audio) de vigilancia colocadas para control de los trabajadores. Esto no supone una carta en blanco para el control del empresario, puesto que el TC ha manifestado al respecto que dichas cámaras tienen que usarse de forma limitada, hay que modularlas para que su función sirva al propósito de control empresarial. Pero si este propósito se puede conseguir con otros medios menos invasivos, debe el empresario adoptarlas antes, de acuerdo a un juicio de proporcionalidad ponderando los bienes y derechos en juego.⁴⁰: *“Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad.”*⁴¹

No obstante hay una excepción, donde el TC sí ha entrado a conocer (con muy buen criterio). Esta es la STC 281/2005 de 7 de noviembre, en la cual el alto tribunal ha ratificado que a través del correo electrónico de la empresa los sindicatos pueden hacerles llegar propaganda e información a sus afiliados. Pues la transmisión efectuada por los sindicatos de su publicidad y demás comunicados forman parte del contenido esencial del derecho a la libre sindicación (28.1

³⁹ En mi opinión esta línea que sigue algún autor no es correcta puesto que esa información de usos, costumbres y reglas no presuponen un consentimiento de los titulares. Esto sumado a la claridad del 18.3 CE, que solo por resolución judicial hay habilitación para la injerencia. Dado que el empresario no interviene ni como emisor ni como receptor, que la comunicación se hace a través de un soporte (indiferente que sea en horario de trabajo, que en el descanso, que sea el propio trabajador quien realice la comunicación o la reciba) y teniendo en cuenta que lo protegido es la comunicación frente a terceros, ya sea reteniéndola, suspendiendo el curso, , el empresario no está facultado salvo los casos descritos, esto es, resolución judicial o consentimiento expreso del trabajador.

⁴⁰ Estamos ante un mecanismo de proporcionalidad, a mi juicio, la proporcionalidad debe aplicarse una vez analizados los distintos medios disponibles, racionalizando e implantando, aquellos medios más apropiados, menos lesivos y que más respeten no solo las comunicaciones sino también la dignidad, integridad e intimidad del trabajador. Labor esta, que no está al alcance de todos los empresarios. Incluso puede darse, que un empresario con los conocimientos o debido a la envergadura de la empresa, disponga de los departamentos adecuados para hacer esta ponderación, no la haga por tratarse de un elevado coste (disponer de otros medios), crea que son menos eficaces o bien, no quiera usarlos. Así el juicio de proporcionalidad va a requerir de la buena fe del empresario.

⁴¹ STC 98/2000/7, 10 de abril.

CE) y la empresa está obligada a soportar este uso. Ahora bien, que el empresario tenga que soportar ciertas cargas no quiere decir bajo ningún concepto, que estemos ante un salvoconducto para uso ilimitado puesto que tiene que respetar la normalidad productiva empresarial. Esto es, tiene la exigencia (sindicato) de no impedir el desarrollo normal del trabajo y tampoco puede suponer un coste para la empresa. Luego hay una carga para unos y un deber para los otros⁴².

Un título habilitante, como acabo de reflejar, es el consentimiento del trabajador. ¿Quién lo da?, exclusivamente el titular del derecho a las comunicaciones (18.3 CE), ¿nadie más? ¿Cómo lo da? De forma expresa, tanto es así, que si el trabajador lo da de forma tácita o sobre entendida, se tiene por no dado. No se hace una interpretación extensiva sino más bien todo lo contrario, esto es, bien restrictiva. Reflejo de ello es que no caben consentimientos universales, sino que este debe prestarse acceso a acceso. Ahora bien, pensemos que hay más trabajadores implicados y por ello supongamos que han intervenido varias personas, no basta la autorización de una de ellas, se precisa la autorización de todos⁴³. Sin esta autorización expresa, solo queda la autorización judicial como único medio legal para la injerencia.

Por último cabe preguntarse, ¿qué ocurre cuando el empresario sospecha que el trabajador está empleando medios proporcionados por la empresa para su trabajo en actividades delictivas? O bien descubre que el trabajador está cometiendo delitos a través de los medios de la empresa. Por una vez, la respuesta será sencilla, Ministerio público, esto es, denuncia a la Fiscalía o a sus auxiliares, policía judicial bien de la Policía Nacional, Guardia Civil o diversas policías autonómicas.

Así bajo este panorama se puede concluir que no estamos ante una materia pacífica, tenemos que diferenciar dos supuestos, el primero, que el empresario no disponga nada al respecto del uso de los medios proporcionados, con lo cual la injerencia será exclusivamente por medio de la correspondiente autorización judicial. El segundo, que el empresario disponga de forma clara, inequívoca, por medio de escritos, los usos, prácticas de la empresa. Las posibles invasiones de control (cámaras) deben ajustarse siempre a un juicio de proporcionalidad y a una interpretación

⁴² Este pronunciamiento viene de la orden de BBVA dada a sus trabajadores sobre usos y prohibiciones del correo electrónico en el año 1995. Esta instrucción motivó desagrado en el sindicato, y por ello, el sindicato, procedió al envío masivo de correos a sus afiliados en el banco, bloqueando el servidor del banco en varias ocasiones. Antes de estos hechos, el sindicato mantenía la habitual correspondencia electrónica con sus afiliados del banco con absoluta normalidad por las dos partes (sindicato, BBVA).

⁴³ SSTC 56/2003/3, 4 de marzo y 123/2002/5, 20 de mayo.

restrictiva. El consentimiento deberá darlo el trabajador de forma expresa sin que quepa un consentimiento universal. Y por último los supuesto habilitantes de la denuncia por parte del empresario son el descubrimiento o sospecha de actividades presuntamente delictivas.

2.3 Personas jurídicas.

Las personas jurídicas están dotadas por los ordenamientos de capacidad para adquirir derechos, obligaciones y son, en definitiva, reconocidas como sujetos de derechos. Estas son creadas por las personas físicas con el fin de cumplir un objetivo social (como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones) que puede ser con o sin ánimo de lucro. Por lo tanto, son obra de la técnica jurídica y de la voluntad de las personas físicas para su creación.

Los DDFF, en tanto que concreciones de la dignidad y la libertad de las personas (10.1 CE), no son fácilmente extensibles a las personas jurídicas por muy distintas razones. Además los ordenamientos poseen cierta reticencia a reconocerlas como titulares de los DDFF.

Ahora bien, al ser creaciones hechas por los humanos y esto en principio, por el libre ejercicio de los DDFF del que son titulares las personas, parece razonable que estos entes también cuenten con titularidad. Nosotros nos ocuparemos sólo de la posibilidad de que puedas ser titulares del derecho al secreto a las comunicaciones.

La Constitución española de 1978 no menciona a las personas jurídicas como beneficiarios de los DDFF. Al contrario que la Constitución alemana en su art. 19.3 *“los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas en la medida en que según su naturaleza les sean aplicables”*.

Ahora bien, la CE posibilita a estos entes a ejercer el derecho de interposición del recurso de amparo, artículo 162.1 CE, con el requisito general de que invoquen un interés legítimo. Por su parte, también la CE les reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Se trata, en ambos casos, de un reconocimiento asociado al hecho de que, como titulares de derechos, no pueden verse privados de la capacidad de hacerlos valer en sede jurisdiccional. Ello no supone, por tanto, un reconocimiento constitucional expreso de la titularidad de un derecho fundamental.

Para determinar y precisar el alcance de la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, debemos acudir a la jurisprudencia del TC -máximo y único intérprete

de la CE-, que es quien ha ido determinando que DDFF van a regir para las personas jurídicas. El TC desde sus inicios no abordó esta cuestión con nitidez, de hecho no se planteó si estos entes actuaban en defensa de derecho propio o ajeno, salvo cuando ejercían su legitimación para interponer el recurso al amparo del artículo 24 CE. En esos supuestos el TC daba por sentado que sí tenían la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, en 1.988, el TC abordó el problema por primera vez, con el suficiente rigor en STC 23/1989/2, 2 de febrero. Esta sentencia, a mi juicio, asume en lo esencial lo dispuesto en el art. 19.3 de la Constitución alemana que, en cierta medida, evoca también el art. 12 de la Constitución portuguesa de 1973.

Esta afirmación de nuestro TC en realidad abre, más que cierra, el problema. Y ello porque a partir de ello será preciso establecer qué derechos fundamentales concretos pueden ser objeto de titularidad por las personas jurídicas.

Para lo que aquí interesa el TC les ha reconocido la titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones, 18.3 CE. Así en una temprana sentencia ha recogido los postulados de las Constituciones alemana y portuguesa y ha declarado: *“en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas”*⁴⁴. Esta titularidad es reconocida por la CE (dice el TC), pero la reconoce, en ocasiones de forma expresa y en otras implícitamente. No de todos, sino tan sólo de determinados DDFF. La titularidad debe ser delimitada y concretada a la vista del derecho de que se trate.⁴⁵

El TC no ha reconocido expresamente el art. 18.3 como tal (sí el 18.2 CE), sino que tan sólo ha afirmado que podrán ser titulares de aquéllos derechos fundamentales que, por su propia naturaleza, puedan ser ejercitados por estas, incluso tratándose de personas jurídicas de derecho público⁴⁶.

Quedan pues las personas jurídicas protegidas por el ámbito iusfundamental del art. 18.3 CE⁴⁷.

⁴⁴ STC 23/1989/2, 2 de febrero.

⁴⁵ STC 139/1995/5, 26 de septiembre.

⁴⁶ STC 64/1988/1, 12 de abril.

⁴⁷ SSTC 64/1988/1, 12 de abril y 137/1985/13, 17 de octubre.

Sin embargo, a finales del siglo pasado, el TC ha ido introduciendo criterios correctores orientados a reducir el ámbito de protección iusfundamental al que pueden aspirar⁴⁸. Así ha ocurrido con el derecho a honor, el derecho a la inviolabilidad del domicilio⁴⁹, la gratuidad de la asistencia jurídica a las personas jurídicas⁵⁰, entre otros⁵¹.

Concluyamos pues que las personas jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, tienen a su alcance la titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, no disponemos del suficiente número y alcance de pronunciamientos para concluir que se trata de un derecho que posea el mismo alcance que para el caso de las personas físicas. Y ello porque los derechos fundamentales reconocidos a las personas jurídicas están sujetos, entre otras, a la condición de que el reconocimiento se produce “atendida su naturaleza”. Ello nos permite aventurar que podrían caber nuevas restricciones que afectaran al derecho del art. 18.3 CE en la línea restrictiva que hemos registrado en la jurisprudencia del TC a partir de finales del siglo pasado.

⁴⁸ A este respecto conviene matizar que a partir de estas sentencias la jurisprudencia ha ido descafeinando la titularidad. Desde mi punto de vista, la tendencia, como toda tendencia susceptible de ser errónea, o quizá de que el alto tribunal vuelva a dar un giro, es que se ha ido descafeinando sentencia a sentencia y el futuro puede que sigan con una titularidad más formal que efectiva. Salvo casos como la tutela judicial efectiva, 24 CE que no representa muchas dificultades otorgársela.

En cuanto a la titularidad de las públicas, el TC le otorga titularidad de forma tajante, de ello no hay lugar para la duda, pero la controversia, o quizá la dificultad estriba que son órganos del poder público, y trayendo a colación a García Enterría cuando decía “los poderes exorbitantes de la administración” cuesta imaginar que tales injerencias puedan darse.

⁴⁹ STC 69/1999/5, 26 de abril.

⁵⁰ STC 117/1998/7, 2 de junio.

⁵¹ GOMEZ MONTORO, AJ, “*La democracia constitucional, estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*” Madrid, 2002 pp. 387 y ss.

CAPÍTULO III. La intervención judicial

3.1 Introducción

El derecho a las comunicaciones, como se ha apuntado, protege la comunicación con independencia de su contenido, frente a cualquiera que no participe en la misma. Bajo este panorama la injerencia solo es posible desde la posición de un tercero ajeno a la comunicación mantenida por emisor- receptor a través de soportes más o menos complejos. La injerencia se materializa con cualquier interceptación, ya sean estos interceptores, los poderes públicos o los particulares.

Una vez reiterado lo anterior, la injerencia o intervención de las comunicaciones por parte de los poderes públicos o los particulares, solo puede producirse:

- a) De forma legal. *“En efecto ha de destacarse en primer término que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”*⁵²
- b) O de forma ilegal. La forma ilegal, obviamente, es una injerencia proscrita en nuestro sistema constitucional y tiene consecuencias dentro del ámbito penal.

De forma legal. El propio artículo 18.3 CE, garante del derecho, habilita la injerencia garantizada cuándo dice *“salvo resolución judicial”*. Luego el título habilitante de la intervención de las comunicaciones lo encontramos en este mismo precepto y de forma tajante: será por resolución judicial. La resolución que debe adoptarse para autorizar la injerencia es exclusivamente el auto, y este debe ser motivado.

¿Qué justificación tiene la injerencia? La constatación de indicios suficientes de que al permitirla se va a esclarecer, comprobar, descubrir e investigar, hechos y circunstancias, que por lo general será delictivo.

Por lo demás, la resolución judicial debe estar prevista en la ley, deberá ser motivada, proporcional, racional, necesaria e idónea. Y además, proporcional en sentido estricto. Estas serán las características que debe reunir la autorización judicial para una correcta injerencia al artículo 18.3 CE.

⁵² STC 49/1999/4, 5 de abril.

3.2 Procedimiento de intervención

3.2.1 La ley.

El intérprete inmediato, que no máximo (TC), de la Constitución de 1978 es el legislador. No solo debe desarrollar el contenido de los DDFF que posibiliten el ejercicio y desarrollo sino que, como en el caso que nos ocupa, tiene que desarrollar por ley el contenido negativo, o límite al artículo 18.3 CE, para que el juez pueda acometer la autorización de intervención de comunicaciones conforme a los principios constitucionales⁵³. Luego así, proporcionando los criterios en que se basa la autorización judicial tenemos la primera garantía.

En esta misma línea Díez Picazo⁵⁴, sostiene que el artículo 18.3 CE únicamente establece la injerencia legal, esto es, por orden judicial y el art. 8 CEDH dispone que dicha orden judicial ha de estar prevista en la ley: “*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley*”. Luego los supuestos de intervención judicial han de estar tasados en la ley. Esta tasación no es una carta en blanco para el legislador: ha de acometer los casos en los que el juez va a habilitar la injerencia con el máximo respeto al principio de proporcionalidad y, especialmente, al contenido esencial prescrito en el artículo 18.3 CE⁵⁵.

Zoco Zabala⁵⁶ aún abunda más y precisa que esta habilitación legal debe tener su base en el derecho interno, deber de ser accesible y previsible. Esta previsibilidad supone que toda persona

⁵³ España es un estado, sujeto de derecho y parte del Ordenamiento Internacional. en aquellos Tratados Internacionales a los que se haya suscrito y hayan pasado a formar parte del sistema español con los formalismos exigidos (arts. 93 a 96 CE). Como también, al pertenecer a la UE, sus tratados y demás cuerpos normativos son de aplicación en el reino de España. Luego donde es parte, está obligado a su cumplimiento. Y así tenemos que es parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966 (art. 17), la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 7), del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8). Todos ellos, textos tanto internacionales como europeos, han establecido la necesidad de que legislador establezca legalmente los parámetros que debe tener en cuenta el juez cuando otorgue la autorización habilitante para la intervención de las comunicaciones. Si bien de la lectura de estos textos se extrae que la protección es hacia la correspondencia, lo más común en los años de redacción, hay que hacerla extensiva como así ha quedado reflejado en el capítulo uno donde el alto tribunal como autores ponen de manifiesto esta extensión (SSTC 1235/2002/2, de 27 junio y 70/2002/9, de 3 abril. Autores como: TORRES DEL MORAL, A. “*Principios del derecho constitucional español*”, T.I, Universidad Complutense, Madrid, 2010, p. 421; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 50. Y BALAGUER CALLEJON, F. *Manual de derecho constitucional*, Vol. II, 11ªed., Madrid 2016, pp. 186 ss.)

⁵⁴ Díez-PICAZO, LM, *Sistema de derechos fundamentales*, Pamplona 2.013, p. 300.

⁵⁵ A este respecto cabe reseñar la STEDH Valenzuela Contreras c. España, 30 de julio de 1.998 los hechos datan del 1984 donde se denuncian injurias y amenazas realizadas tanto por teléfono como por escrito. En el ámbito empresarial y dirigidas entre empleado y jefe. Esta sentencia condena a España porque el juez que habilita la intervención de las comunicaciones no lo hizo en previsión de la ley. En la misma línea tenemos el caso Mesina, sentencia de 28 de septiembre de 2.000, entre otras sentencias, que argumentan en la misma línea, estamos atentando contra el derecho fundamental en su vertiente positiva y esta debe estar prevista legalmente.

⁵⁶ ZOCO ZABALA, C. *La intervención judicial de las comunicaciones ¿privadas?*, Pamplona 2.014 pp. 79 y ss.

pueda saber las consecuencias jurídicas que derivan de su comportamiento con carácter previo a su realización.

El TC, en su jurisprudencia, ha mantenido la misma línea y ya en diversas sentencias dictamina que el juez debe otorgar la autorización en función de la habilitación legal, esto es, la ley⁵⁷.

3.2.2 El juez.

El juez es el órgano encargado ordinariamente de la defensa de los DDFF. La limitación de los DDFF, además de estar prevista en la ley, debe contar con su autorización en los casos establecidos en la Constitución o en norma legal en su caso. No es un proceso de toma de decisión pacífico para el juez de instrucción, debido a la deficiente regulación existente⁵⁸.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 579 faculta al juez a intervenir las comunicaciones del investigado por este y así en su apartado primero: *“El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen”*. Debe ser posible, al intervenir las comunicaciones, el descubrimiento de hechos que sean relevantes para la causa de que esté conociendo. Por otro lado delimita los tipos de delitos que faculta esta resolución, esto es, delitos dolosos con penas de más de tres años de prisión, terrorismo o cometidos en sede de organizaciones. En su segundo apartado prescribe un mandato claro, la motivación, los plazos, las prórrogas. En su apartado tres el Ministro de Interior o su Secretario de Seguridad, en asuntos de terrorismo, pueden ordenar la injerencia, y en un plazo máximo de 24 horas el juez motivadamente podrá concederla o revocarla.

Así, se puede determinar que hay varios elementos clave en el proceso de la decisión judicial habilitante:

- a) El momento de solicitud

⁵⁷ SSTC 85/1994/3, 14 de marzo; 34/1996/5, 11 de marzo; 49/1999/4, 5 de abril.

⁵⁸ El legislador no delimita con claridad quién es el juez encargado de extender el auto que autoriza la intervención de las comunicaciones. El art. 588 bis a) LECrim no determina con claridad suficiente, pues habla del proceso de instrucción y debido a las características del proceso penal español, que en España está dividido en dos fases por lo general, la fase sumarial o de instrucción y la fase oral. Hay que entender que es en la primera donde se va proceder a las peticiones de intervención y resolución de las mismas, luego por necesidad es el juez de instrucción. No obstante el TC ya se había pronunciado al respecto y así en STC 49/1999/6, 5 de abril, despejó la duda dando la capacidad al juez instructor, así de contundente se pronunció: *“debido a la configuración de nuestro ordenamiento, el Juez que ha de otorgar la autorización para la práctica de la intervención de las comunicaciones telefónicas, en el ámbito de la investigación criminal, es el Juez de Instrucción”*.

- b) Delimitación de los criterios: motivación, idoneidad, necesidad. Control de la duración de la medida y sus prorrogas, el procedimiento propio de intervención así como las consecuencias de un hipotético incumplimiento. Todo ello dirigido a valorar la proporcionalidad de la medida
- c) Control de la realización de la intervención por el juez.
- d) Enjuiciabilidad de la medida, posteriormente, por parte de las personas sometidas a intervención. Los afectados podrán solicitar la revisión del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución y la ley: motivación, proporcionalidad, el control de tiempos de intervención, etc.

La autorización, es la respuesta a la petición previa, por parte de los órganos de investigación, esto es, las diversas policías judiciales. Estos agentes judiciales, han de proporcionar al instructor los hechos, circunstancias que están investigando y las medidas interventoras a tomar junto con los indicios que llevan a solicitar al juez la medida, esto es, intervenir la comunicación, una llamada telefónica, el correo, redes sociales etc. Deben de ser datos objetivos, no pueden estar basados en la mera conjetura o sospecha sino en indicios y van dirigidos a que el juez autorice las intervenciones en la línea solicitada. En este primer oficio que se dirige al juez para la autorización debe contenerse la motivación⁵⁹, con minuciosa exposición de los motivos que se aducen para que se extienda la autorización judicial. Por ello están proscritas las conjeturas y opiniones que las fuerzas de seguridad deberán por tanto evitar incluir en el oficio de solicitud⁶⁰.

3.2.3 Principios de la autorización de intervención.

El art. 588 bis a de la LECrim exige que la autorización judicial sea dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

El principio de especialidad, en el mismo precepto punto dos: “[...] exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.” Este principio prohíbe la falta de objetividad en las sospechas. Quedan así prohibidas las intervenciones en aquellos supuestos de investigación preventiva (prospectivas). Toda petición de intervención de las comunicaciones, así como la autorización

⁵⁹ STC 165/2005/3, 20 de junio.

⁶⁰ Artículo 588 bis b. de la LECrim.

judicial, debe tener el objetivo de esclarecer los hechos y debe estar motivada. El TS se ha manifestado contundentemente cuando en STS 454/2015/1, 10 de julio, dictaminó: *“A este respecto no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 184/2003, de 23 de octubre , 261/2005, de 24 de octubre).”* Nos dice Rodríguez Lainz, y así lo determinan las SSTC 184/2003, 23 de octubre y 261/2005, 24 de octubre, que esta doctrina jurisprudencial fue atendida por el legislador para acotar este principio de especialidad⁶¹.

El principio de idoneidad, también es definido en el propio artículo 588, en su apartado tres: *“El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.”* La intervención de comunicaciones debe ser una medida idónea, también debe ser adecuada y su fin no debe ser otro que permitir esclarecer los hechos y la relación del investigado con los actos delictivos que presuntamente se le atribuyen. Debe permitir la prueba en proceso posterior. Lo primero que debemos apreciar es la propia abstracción del precepto. Al no concretar más se dibuja así un espacio de decisión y apreciación judicial.. Una definición algo más ajustada la encontramos en el art. 588 quáter b. 2b que dictamina que la utilización de dispositivos debe aportar datos esenciales de prueba y esclarecimiento de hechos en juicio posterior así como identificación de sujetos. Nuevamente queda proscrita la prospección, y debe realizarse dentro de una instrucción penal en curso. Debe existir conexión entre el investigado y los delitos que presuntamente se le atribuyen. La controversia en este principio se plantea cuando el investigado para cometer los delitos se sirve de otras personas. Son éstas las que mantienen las comunicaciones y por ello las que resultaría más conveniente intervenir. A este respecto el TC⁶² ya sostuvo que en España, donde no hay regulación legal expresa, el asunto presentaba una mayor dificultad, especialmente si se trata de terceras personas como abogados, periodistas o titulares de cargos políticos o representativos que gocen de inmunidad. Sin embargo, si se ha respetado el principio de proporcionalidad, las informaciones y pruebas así obtenidas pueden incorporarse legítimamente al sumario y utilizarse como pruebas de cargo en el desarrollo del juicio oral.

⁶¹ RODRIGUEZ LAIN, JL, *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal. Adaptado a la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid 2016, p.79.

⁶² STC 184/2003/4, 5, 6, 23 de octubre.

El principio de excepcionalidad y necesidad recogidos en el mismo precepto, en su apartado 4, son una limitación clara a la discrecionalidad judicial y determina con claridad que solo cabe autorizar la intervención en supuestos en los que no se tengan otras medidas menos gravosas o que, sin ellas, se vea dificultado gravemente el objetivo por el cual se autoriza la intervención de comunicaciones (el esclarecimiento de los hechos, circunstancias, etc.). Estos dos supuestos habilitan al juez para que otorgue la autorización para la intervención de las comunicaciones. El juez tiene que comprobar la eficacia de una intervención, la aprensión de la comunicación escrita (carta, correo electrónico, wasaps, redes sociales, etc.), u oral (telefonía, internet etc.), y realizar un juicio de contraste con otros medios alternativos de investigación menos invasivo. En este sentido, el TS⁶³ en sentencia reciente, cuestiona la rutina y la petición sistemática. Para el TS, dado que no estamos ante un medio de investigación normal, sino excepcional, ya que es una injerencia en el ámbito iusfundamental de la persona, la policía judicial no puede solicitarla al juez de forma sistemática, ni el juez debe conceder autorizaciones para intervenir comunicaciones de forma rutinaria.

El alto tribunal también ha manifestado que la intervención judicial de las comunicaciones es una limitación del derecho al secreto de las comunicaciones recogida en el propio 18.3 CE⁶⁴. Debe por tanto, de un lado, tratarse de una medida útil y necesaria y de otro lado, debe ser idónea e imprescindible para la consecución de los objetivos (determinación de hechos y circunstancias etc.). Mantiene, como hemos ya indicado, que antes de otorgarse debe el juez ponderar otros medios alternativos menos lesivos de investigación.

El principio de proporcionalidad de la medida también recogido en el mismo precepto, en su punto 5, informa que por este principio debemos entender que solo son proporcionadas las medidas de investigación cuando los beneficios de la intervención de las comunicaciones sean superiores a los perjuicios que pudieren causar. Para ello deberán tenerse en cuenta todas las peculiaridades del caso concreto. Debe ser beneficioso tanto para el interés público como para terceros y ha de basarse en la gravedad de los hechos, transcendencia social o relevancia del resultado. Es una exigencia para que el juez, dentro del caso concreto, examine si la limitación que va a autorizar esta proporcionada con el bien jurídico a proteger.

3.2.4 Forma y duración de la medida y sus prorrogas.

⁶³ STS 453/2013/2, 29 de mayo.

⁶⁴ SSTC STC 184/2003/9, 23 de octubre y 146/2006/2, 8 de mayo.

El art. 588 bis d, de la LECrim, prescribe el secreto y en pieza separada mientras dure la intervención, no así de la causa. Su otorgación está sujeta a un conjunto de requisitos formales. El solicitante, ya sea el Ministerio Fiscal o la policía judicial, debe presentar la solicitud en donde precisará: los hechos, identidad del investigado o afectados (si son conocidos estos datos), motivación de la medida, e indicios de los hechos criminales que abonan la solicitud, los medios e instrumentos de comunicación objeto de intervención, extensión de la medida y contenido, la unidad de policía judicial realizará la intervención de las comunicaciones así como la forma en que se vaya a realizar y la duración temporal de la misma. Si hubiera necesidad de solicitar al juez prórroga para continuar con la intervención, deberá hacerse con la debida antelación, e incluirá, de una parte, un informe relatando el resultado y de otra parte, las razones para solicitud de prórroga. En un plazo de dos días el juez otorgará, o no, la prolongación de la intervención en auto motivándolo.

La duración, art. 579.2 LECrim, podrá alcanzar a un plazo de “hasta” tres meses, que tras sucesivas prórrogas puede alcanzar un total de dieciocho meses como máximo. El plazo de la intervención queda, dentro del margen dicho, al arbitrio del juez que en cada auto estipulará la duración y bajo ningún concepto se mantendrá una vez se haya alcanzado el fin que la habilitó. No alcanzado este objetivo, el punto dos del mismo artículo, habilita a que por nuevo auto motivado, el propio juez o a petición del solicitante, prolongue el plazo según el modo descrito, siendo imprescindible que se trate de una continuación de la misma respondiendo por tanto a la misma causa que la originó. Una vez finalizado el plazo o su prórroga, la autorización de intervención de las comunicaciones cesará automática e inmediatamente.

3.2.5 Control del juez

La Policía Judicial debe informar al juez del desarrollo así como de los resultados que va obteniendo con la periodicidad que el juez estime oportuno. No obstante al finalizar la intervención se debe informar al juez sobre todo el proceso.

El TC⁶⁵ ha dictaminado que el control judicial de las intervenciones es un requisito de validez constitucional y por ello, cuando no se realiza el control, está afectada la constitucionalidad de la medida: *“queda afectada la constitucionalidad de la medida si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención.”*⁶⁶.

⁶⁵ STC 49/1996, 26 de enero y 49/1999, 5 de abril.

⁶⁶ STC 166/1999/3, 27 de septiembre.

Este control es parte del contenido esencial del derecho recogido en el art. 18.3 CE, así lo ha manifestado el TC en sentencia cuando ha dictaminado: “*El control judicial de la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones*”⁶⁷.

3.2.6 Motivación.

“*En resolución motivada*”, nos informa el art. 579.2 LECrim. El art. 120.3 CE exige la motivación de las sentencias. El art. 248.2 LOPJ también exige que los Autos serán siempre fundados. El TC relaciona la motivación con el art. 1.1 CE: “*La exigencia de motivación de las Sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho...*”⁶⁸. La jurisprudencia del TC afirma que una resolución judicial es defectuosa, parca, poco fundamentada, etc., se está vulnerando el art. 24.1 CE⁶⁹. La motivación de la decisión judicial exige en primer lugar una descripción del supuesto de hecho en que se subsumen los hechos considerados, una identificación de la norma jurídica aplicable a dicho supuesto de hecho y una decisión donde mediante un proceso de decisión racional el juez declara los efectos asociados a dicha subsunción entre supuesto de hecho-norma jurídica.. La motivación es esencial en toda resolución judicial, teniéndose por nula si no se contiene en la resolución, salvo en el caso de las Providencias. Esta exigencia general debe ser sometida a un escrutinio más minucioso cuando nos encontramos ante una resolución que habilita una invasión del espacio iusfundamental de un ciudadano.⁷⁰ Por tanto, cuando hablamos de autorización para la intervención, el juez debe de expresar que el supuesto de hecho se desprende de la ley habilitante y que los hechos e indicios aportados por el solicitante se enmarcan dentro de los supuestos fijados en la ley.

Zoco Zabala⁷¹ sostiene (en base a la jurisprudencia del TC) que no se exige el juez una determinada extensión en lo referente a la argumentación, puesto que solo es necesario conocer las razones jurídicas de la toma de decisión por parte del juez. Tampoco es necesaria una minuciosa descripción del proceso intelectual como tampoco es necesario que resuelva el juez

⁶⁷ STC 9/2011/3 28 de febrero.

⁶⁸ STC 55/1987/1, 13 de mayo.

⁶⁹ STC 25/2011/6, 14 de marzo y 43/2008/5 10 de marzo.

⁷⁰ SSTC 117/2001/3, 21 de mayo. 122/1991/2, 3 de junio.

⁷¹ ZOCO ZABALA, C. *La intervención judicial de las comunicaciones ¿privadas?*, Pamplona 2.014 pp. 83 y ss.

pormenorizadamente sobre las alegaciones de las partes, aunque, sigue diciendo, es necesario contestar a todas las cuestiones litigiosas tal y como lo requiere el principio de congruencia⁷².

En definitiva, las condiciones para la intervención legal de las comunicaciones deben estar reguladas en la ley, el juez debe fundamentar el auto de autorización en el sentido que marca el TC⁷³, y de acuerdo a las pautas contenidas en su jurisprudencia: auto judicial fundado en derecho de modo suficiente y razonable. Por ello que sea suficiente, puede tenerse por bueno un auto poco extenso en el que se especifica el fundamento de la incidencia. No obstante no cabe exigir que los hechos e indicios alegados para la solicitud de la intervención sean hechos probados al tratarse de una actividad orientada a conseguir pruebas para la imputación de delitos.

3.3 Supuestos habilitantes de la intervención tras la última reforma de la LECRIM.

La LECrim en su redacción inicial de 1882 regulaba en su art. 579 a 588, la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica. Fue un texto redactado cuando la forma de comunicación era mediante escritos o por telegramas. Debido a la evolución en la forma de comunicarnos y sobre todo al impacto que han tenido las nuevas tecnologías la LECrim ha ido poniendo de manifiesto periódicamente su inadecuación para regular la intervención de las comunicaciones en supuestos de investigaciones orientadas a la persecución de actividades delictivas. En la Ley 4/1988, 25 de mayo, se autorizó al juez (579.2) a que por resolución motivada se procediese a la intervención de las comunicaciones, así como al establecimiento de las duraciones de las intervenciones. Estos preceptos breves, poco desarrollados, no estuvieron exentos de dudas interpretativas. En principio, la reforma de 2015 viene a intentar solucionar los problemas que dejaron esta defectuosa regulación.

La LECrim presentaba deficiencias que el TC puso de manifiesto en la STC 145/2014/7, 22 de septiembre, inmediatamente anterior a la elaboración y aprobación de la reforma de 2015.

La nueva reforma de la LECrim introduce nuevos supuestos haciéndose eco de las innovaciones tecnológicas en materia de comunicaciones.

Nuevos supuestos:

⁷² Dada la jurisprudencia analizada, Zoco Zabala no se aparta del TC, pero en mi opinión estamos ante el asunto más transcendente de todo el proceso, y por ello, toda motivación que en el auto refleje el juez no estará de más dando más seguridad jurídica a la limitación del derecho fundamental.

⁷³ SSTC 77/2008/1, 7 de julio; 222/2007/3 de 8 octubre; 25/2000/2, 31 de enero y 122/1991/2, 3 de junio.

- Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.
- Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.
- Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen.
- Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.
- Registros remotos de equipos informáticos.

Con esta reforma puede afirmarse que se ha producido una ampliación y actualización del espacio donde caben intervenciones de comunicaciones.

Pero, como era de esperar, esta ampliación parece anunciar nuevos problemas en la garantía de las comunicaciones de las personas en nuestro ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

La constitución española de 1978, no contiene una definición de comunicación. La definición de comunicación, en el sentido del art. 18.3 CE y según un consenso doctrinal y jurisprudencial, designa la transmisión de todo contenido comunicacional entre emisor y receptor por cualquier medio.

La CE otorga protección a las comunicaciones “en especial” mediante telefonía y medios escritos (cartas, postales, telégrafos) atendido el tiempo de su redacción. Dicha redacción ha permitido al TC una ampliación a nuevas modalidades de comunicación, especialmente a los surgidos en las últimas décadas. Y muy señaladamente a los soportados por el universo de Internet: correo electrónico, redes sociales, etc.

El objeto del derecho es la comunicación en sí; no su contenido. Protege por tanto la comunicación carente de contenido. La protección del contenido comunicacional se articula a través de otros derechos como el de protección de datos, 18.4 CE, derecho a la intimidad, art. 18.1 CE, etc.

La vulneración del derecho al secreto se produce a través de la injerencia en el proceso comunicacional. Esta se realiza mediante la intervención del sistema de comunicación entre emisor y receptor: escrito, comunicación mediante cualquier soporte, etc...Por tanto, queda fuera del objeto del derecho la comunicación directa, conversaciones físicas entre personas, como aquéllas comunicaciones que prescinden expresamente del secreto que define el objeto del derecho: una carta expresamente con pretensiones de publicidad o un mensaje postal carente de sobre que proteja el texto, o un mensaje publicado en una red social interactiva de acceso universal (*chat*).

La titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones se predica de toda persona, física o jurídica aunque con limitaciones en este segundo caso.

No obstante, el ordenamiento jurídico recoge una serie de supuestos de limitaciones en el ejercicio del derecho. Este sería el caso de los internados en establecimientos penitenciarios o de los trabajadores en cuanto a la prestación de sus servicios en el seno de la relación laboral. Ambos supuestos plantean problemas en cuanto a su alcance.

En el caso de los privados de libertad se discute el alcance de las competencias de la administración penitenciaria así como la intensidad de la restricción aplicable.

En el caso de los trabajadores por cuenta ajena se discute el punto exacto al que pueda alcanzar el poder de dirección del empresario así como los límites a las comunicaciones propias incluibles en el contrato de trabajo constitutivo de la relación laboral. Son habituales las dudas sobre supuestos singulares, como los teletrabajadores, o sobre la posibilidad de que los trabajadores suscriban consentimientos de autorización de intervenciones de plano. Problemas también específicos pueden plantearse en supuestos de uso de las comunicaciones de la empresa para la actividad sindical.

Especiales dificultades ha planteado, y sigue planteando, la configuración del derecho en relación con las personas jurídicas, al no tener respaldo constitucional expreso, a diferencia de otras constituciones de nuestro entorno. Actualmente el TC mantiene el reconocimiento de la titularidad del derecho en favor de las personas jurídicas, pero son frecuentes cambios de criterio sobre el ejercicio del derecho a partir de que el reconocimiento de esa titularidad está sujeto a la realización de actividades de las que estas entidades sean capaces “por su propia naturaleza”.

El derecho del art. 18.3 CE posee un objeto, secreto de las comunicaciones, que incluye un espacio de levantamiento o privación de dicho secreto. Permite una injerencia, pero sólo judicial. Junto a la excepcionalísima para determinadas investigaciones relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas que están sometidas a un escrutinio posterior ratificador, o no, de la intervención urgente e inaplazable. La intervención está desarrollada normativamente, sólo es posible para supuestos tasados, y requiere una decisión judicial motivada, que reviste la forma de Auto. Normalmente deberá autorizarla el Juez de Instrucción. Tras las últimas reformas legislativas, la intervención debe respetar los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, debe serlo por duración determinada controlada por el órgano judicial que la autorizó.

Reviste especial importancia la solidez de la motivación contenida en el auto judicial habilitante, así como la vinculación de dicha intervención a la obtención de informaciones relativas a la investigación de hechos delictivos.

La duración está tasada, puede ser ampliada motivadamente y el fin primordial es la obtención pruebas para la imputación de los delitos.

Permanece no obstante el problema fundamental que origina muchos de los problemas relacionados con la intervención de las comunicaciones. Especialmente la convivencia entre

una ley procesal penal de 1882, bien que haya sido objeto de diversas reformas, y un sistema constitucional muy garantista propio de finales del siglo XX. Un problema que deberá esperar a la aprobación de una nueva ley procesal penal acorde con nuestro tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

BALAGUER CALLEJON, F. (Coord.), *Manual de derecho constitucional*, Vol. II, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

BASTIDA FREIJEDO, F.J., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

GOMEZ MONTORO, A.J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas un intento de fundamentación”, en *La democracia constitucional, estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, pp. 387 - 438.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., “El control de las comunicaciones electrónicas que los trabajadores realizan a través de las herramientas informáticas de la empresa”, en *La constitución política de España, estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 725 - 746.

MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Cívitas, Madrid, 1995.

RODRIGUEZ LAIN, J.L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal. Adaptado a la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Sepin, Madrid, 2016.

TORRES DEL MORAL, A., *Principios del derecho constitucional español*, T. I, 6ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 2010.

ZOCO ZABALA, C., *La intervención judicial de las comunicaciones ¿privadas?*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

STC 25/1981, de 14 de julio.

STC 107/1984, de 23 de noviembre.

STC 114/1984, de 29 de noviembre.

STC 88/1985, de 19 de julio.

STC 137/1985, de 17 de octubre.

STC 55/1987, de 13 de mayo.

STC 64/1988, de 12 de abril.

STC 231/1988, de 1 de diciembre.

STC 23/1989, de 2 de febrero.

STC 122/1991, de 3 de junio.

STC 85/1994, de 14 de marzo

STC 99/1994, de 11 de abril.

STC 183/1994, de 20 de junio.

STC 139/1995, de 26 de septiembre.

STS 246/1995, de 20 de febrero.

STC 34/1996, de 11 de marzo.

STC 34/1996, de 11 de marzo

STC 49/1996, de 26 de enero.

STC 170/1996, de 29 de octubre.

STC 711/1996, de 19 de octubre

STC 128/1997, de 4 de julio.

STC 160/1997, de 4 de febrero.

STC 175/1997, de 27 de octubre.

STC 200/1997, de 24 de noviembre.

STC 58/1998, de 16 de marzo.

STC 58/1998, de 16 de marzo.

STC 117/1998, de 2 de junio.

STC 49/1999, de 5 de abril.

STC 69/1999, de 26 de abril.

STC 166/1999, de 27 de septiembre.

STC 188/1.999, de 25 de octubre.

STC 188/1.999, de 25 de octubre.

STC 25/2000, de 31 de enero.

STC 98/2000, de 10 de abril.

STC 175/2000, de 26 de junio.

STC 186/2000, de 10 de julio

STC 106/2001, de 23 de abril.

STC 117/2001, de 21 de mayo.

STC 70/2002, de 3 de abril.

STC 123/2002, de 20 de mayo

STC 1235/2002, de 27 de junio.

SSTC 56/2003, de 4 de marzo.

STC 184/2003, de 23 de octubre.

STC 184/2003, de 23 de octubre.

STC 165/2005, de 20 de junio.

STC 146/2006, de 8 de mayo.

STC 222/2007, de 8 de octubre.

STC 230/2007, de 5 de noviembre.

STC 43/2008, de 10 de marzo.

STC 77/2008, de 7 de julio.

STC 9/2011, de 28 de febrero.

STC 15/2011, de 28 de febrero.

STC 25/2011, de 14 de marzo.

STC 41/2012, de 17 de diciembre.

STC 142/2012, de 2 de julio.

STC 170/2013, de 7 de octubre.